Über die alternative Vertragskoppelung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Kraß
Gerichtsreferendar aus Münster i. W.

Approbiert am 13. Juni 1930

Regensbergsche Buchdruckerei, Münster i. Westf.
1930

Referent: Geheimrat Professor Dr. Kübler.

Literatur-Verzeichnis.

Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen. Berlin 1874.

Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht, II, 1, Erlangen 1884.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Halle 1902.

Enneccerus-Lehmann, Bd. II, § 100a, 11. Bearbeitung. Marburg 1930.

Gaius, Institutiones, III. Berlin 1842.

Nanne, Die Disjunktivobligation.

Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, München 1905.

Ryck, Die Lehre von den Schuldverhältnissen, Berlin 1889.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, Frankfurt a/M. 1900.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin-Leipzig 1926.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig, 1879.

I. W. 1924/25.

§ 1.

Stellung der Literatur zur Frage der alternativen Vertragskoppelung.

Bevor ich mich des näheren mit dem Begriff der alternativen Vertragskoppelung auseinandersetze, erscheint es mir notwendig, darauf einzugehen, welche Beachtung dieser Begriff bisher in der Literatur gefunden hat.

Endemann [1]), der m. W. als erster den Begriff der alternativen Vertragskoppelung aufgestellt hat, spricht von ihr im Zusammenhang mit dem alternativen Schuldversprechen im Sinne des § 262 BGB und insbesondere der facultas alternativa. Er geht dabei von einer für die Parteien bestehenden Möglichkeit aus, „eine Wahlberechtigung zu benutzen, um eine ihren Interessen entsprechende Unbestimmtheit zu schaffen." Als Beispiel bringt er den im alltäglichen Leben häufig vorkommenden Fall, wo eine Vereinbarung zwischen den Parteien dahingehend getroffen wird, daß die zu einem Festmahl gelieferten Gläser entweder gegen Zahlung eines Mietpreises zurückgegeben werden sollen oder aber gegen Zahlung ihres Wertes behalten werden können. Diesen Fall bezeichnet Endemann als alternative Vertragskoppelung außerhalb des Rahmens des § 262 und definiert diese dahingehend, daß ein Schuldverhältnis bindend begründet ist, daß es aber der Entscheidung des einen Kontrahenten unterstellt bleibt, in welche Obligationsart, ob in Kauf oder Miete, Darlehen oder Verwahrung usw. es auslaufen soll. Endemann unterscheidet nun hier zwei verschiedene Möglichkeiten, einmal den späteren Übergang des zunächst begründeten Schuldverhältnisses in ein anderes und sodann ein Nebeneinanderbestehen zweier Vertragsarten dahingehend, daß der Vertrag von vornherein als bindend abgeschlossen gelten soll, der sich, sei es durch Wahl seitens des Kontrahenten oder auch durch Zufall als der gewollte herausstellt. Als Beispiel für die Möglichkeit des Überganges eines zunächst begründeten Schuldverhältnisses in ein anderes führt

---

[1]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, Halle 1902. S. 666 zu Anm. 4 b.

Endemann einen Fall an, auf den ich später noch des näheren eingehen werde: „Der Mieter eines Fahrzeugs erhält das Recht zu erklären, daß er dieses für 2000 ℳ als Käufer behalten will; ohne neuen Vertragsschluß soll seine einseitige Erklärung diese Umwandlung herbeiführen, aber bis dahin lag ein Mietverhältnis vor und muß der Mietzins gezahlt werden.“

Die zweite Möglichkeit, bei welcher der Vertragsinhalt ein Nebeneinanderbestehen von Kauf- und Miete vorsieht, findet nach Endemann ihre praktische Bedeutung bei den heute allerorts üblichen Abzahlungsgeschäften und zwar in der Art, „daß nach Eintritt der Entscheidung für den Kauf die Teilzahlungen nicht als Mietzins, sondern als Abschlagszahlungen auf den Kaufpreis gewertet werden.“ Diese Vertragskoppelung werde besonders benutzt, um dem Verkäufer solange das Eigentum an der zunächst vermieteten Sache zu erhalten, bis die Abschlagszahlungen eine gewisse Höhe erreicht haben. Eine derartige Verkoppelung verfolge den Zweck, den Verkäufer solange sicherzustellen, bis ein gewisser Prozentsatz der Kaufsumme von dem Käufer ratenweise gezahlt sei. Bis dahin bestehe zwischen den Parteien hinsichtlich der Kaufsache nur ein Mietverhältnis, an dessen Stelle dann mit dem Eintritt der dem bisherigen Vermieter genügenden Sicherheit der von Anfang an gewollte Kaufvertrag in Wirkung trete. Der beabsichtigte Erfolg sei ein Abzahlungsgeschäft, das von den einschränkenden Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 16. Mai 1894 nicht getroffen werden sollte.

Derartige Vertragstypen, die von Endemann alternative Vertragskoppelung benannt werden, bezeichnet Zitelmann[2]) als Rechtsgeschäfte mit alternativer Absicht. „Alternative Absicht liegt dann vor, wenn bezüglich des ganzen Erfolges oder eines seiner Momente zwei Bestimmungen nebeneinander gegeben werden, von denen eine, gleichgültig welche, sich verwirklichen soll.“ Zitelmann unterscheidet:

1) reine Alternativität — jeder der beiden Seiten der Alternative ist völlig individuell bestimmt —
2) eine Verbindung von alternativer und generischer oder genereller Absicht — eine Seite oder auch beide der Alternative sind in sich noch unbestimmt —.

---

[2]) Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879, S. 502 ff.

Innerhalb dieses Rahmens unterscheidet Zitelmann weiter:

a) alternativer Geschäftsabschluß,
b) alternative Bestimmung der Art des Rechtsgeschäftes bei festem Geschäftsabschluß,
c) alternative Bestimmung des Geschäftsinhalts bei fest bestimmter Geschäftsart,
d) alternative Bestimmung des neu eintretenden Rechtssubjekts,
e) mehrfache Alternativen.

Im Falle a) geht die Absicht der Vertragsparteien dahin, das Geschäft als solches alternativ zum Abschluß zu bringen und zwar in der Art, daß entweder — bei einer jeden Willenserklärung — einem Dritten das Wahlrecht zusteht, oder daß — und zwar bei Verträgen — einer der Vertragsschließenden oder der andere die Entscheidung der Alternative treffen soll. Im ersteren Fall sei der Erklärende bzw. bei Verträgen seien die beiden Kontrahenten, im letzteren nur die betreffende Vertrags- bzw. Gegenpartei bis zur Entscheidung gebunden. Zitelmann will überhaupt die Möglichkeit einer alternativen Absicht überall da bestehen lassen, wo ein bedingtes Rechtsgeschäft zur Entstehung gelangt. Im Falle, wo der Eintritt der Bedingung des betreffenden Geschäftes nicht dem Willen der Parteien, sondern vielmehr dem Zufall überlassen sei, sei eben dem Schicksal das Wahlrecht anheimgegeben.

Im Falle b) dagegen ist nach Zitelmann das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes gewiß, wogegen Ungewißheit über die Art des Geschäftes herrscht. Die alternative Absicht sei einmal auf ein Begründen, Verändern oder Aufheben eines Rechtsgeschäftes gerichtet, so z. B. „A. verspricht B. nach dessen Wahl entweder die bestehende Forderung des A. gegen B. auf Lieferung einer Last Weizen zu erlassen, oder eine neue Forderung des B. gegen A. auf eine bestimmte Summe zu begründen.“ Was sodann die Art des Geschäftes betreffe, so solle alternativ entweder ein dingliches oder persönliches bestimmt werden. Bei diesen in der Praxis häufig vorkommenden Fällen sei zwar der Abschluß des Rechtsgeschäftes bestimmt, aber es sei der einen oder anderen Vertragspartei überlassen, ob sie das Geschäft als dingliches, als Übereignung, oder aber als ein anderes bestimmtes, rein obligatorisches gelten lassen wolle. Im Zusammenhang

damit erwähnt Zitelmann ebenfalls die sogenannten Abzahlungsgeschäfte in der Art, wie sie schon vorher von Endemann erwähnt worden sind. Desgleichen bringt Zitelmann hier den ebenfalls schon bei Endemann erwähnten Fall mit den zu einer Gesellschaft geliehenen Gläsern. Des ferneren könne aber auch die Alternative die Art des dinglichen oder obligatorischen Rechtes dann entscheiden, wenn die Art des Geschäftes bereits bindend feststehe. Zitelmann bringt unter diesen Fall eine ganze Reihe von Beispielen, wie die Übertragung einer Sache nach Wahl des Empfängers zu Eigentum oder Nießbrauch, die Übergabe zur Verwahrung oder wahlweisen Benutzung (Leihe) ferner zahlreiche ästimatorische Kontrakte: Hingabe einer Sache mit der alternativen Verpflichtung, entweder die Sache oder ihren Wert zurückzugeben und endlich auch das Stellgeschäft, da bei diesem für jede Partei alternativ entweder Kauf oder Verkauf desselben Gegenstandes vorliege. Im Falle c) sei sowohl der Abschluß wie auch die Art des Rechtsgeschäftes bestimmend festgestellt. Nicht völlig bestimmt dagegen sei das den Gegenstand der Rechtsfolge bildende Recht. So z. B. könne sich A. gegenüber B. zu einer Handlung verpflichten, die sich auf diese oder jene Person oder Sache beziehe (Verpflichtung, etwas von B. oder C. zu holen, oder auch dieses oder jenes Pferd zu liefern). Auch der Ort oder die Zeit der Leistung könne alternativ bestimmt sein. Des weiteren könne im Falle d) das neu eintretende Rechtssubjekt alternativ bestimmt werden. So z. B. Eigentumsübertragung einer Sache an A. oder an dessen Vertreter B., Erwerb einer Forderung gegen C. durch A. für sich selbst oder für B. Endlich bestehe im Falle e) die Möglichkeit, daß von den vorgenannten alternativen Bestimmungen mehrere zugleich vorkämen. Dieses sei der Fall bei den sogenannten zweischneidigen Prämiengeschäften. Das Wahlrecht der betreffenden Partei bestehe darin, daß sie die betreffenden Papiere von dem anderen Kontrahenten entweder kaufen oder diese verkaufen oder endlich gar keinen Vertrag zum Entstehen bringen wolle.

Im Gegensatz zu Endemann und Zitelmann vertritt Pescatore [3]) eine andere Ansicht. Er lehnt eine alternative Vertragskoppelung ab und kommt zu der Annahme, daß in solchen Fällen lediglich von einer sogenannten Wahlschuld oder alter-

---

[3]) Die Wahlschuldverhältnisse. München 1905, S. 144.

nativen Ermächtigung des Schuldners gesprochen werden könne. Identität der Gegenleistung sei zur Begründung der Einheit eines Rechtsgeschäftes weder ausreichend noch erforderlich. Es sei daher nicht erforderlich, da, wo das Rechtsgeschäft nicht durch die Identität der Gegenleistung zusammengehalten werde, eine Mehrheit von Verträgen anzunehmen, die Einheitlichkeit des Rechtsgeschäftes bleibe vielmehr auch dann gewahrt, wenn es einen ganzen Komplex der verschiedenartigsten Leistungen umfasse. In diesem Zusammenhang erwähnt Pescatore einen Fall bei Gaius (Institutionen), auf den auch Endemann bei seiner Erörterung der alternativen Vertragskoppelung verweist, und auf den ich in der Folge noch zurückkommen werde. Desgleichen bringt Pescatore ein entsprechendes Beispiel, wie das von Endemann und Zitelmann bezüglich der Gläser. „A. erhält von B. eine Partie Gläser mit der Bestimmung, entweder 0,50 *M* für jedes Glas zu zahlen oder die Gläser nach 3 Tagen zurückzugeben und 0,05 *M* zu zahlen (sogenannte Wahlschuld), oder aber mit der Abmachung, für jedes Glas 0,50 *M* zu zahlen oder berechtigt zu sein, sich von dieser Verbindlichkeit durch Rückgabe des Glases binnen 3 Tagen und Zahlung von 0,05 *M* zu befreien (sogenannte alternative Ermächtigung)." Beiden Fällen sei im Grunde genommen ein gleichgestalteter praktischer Erfolg beschieden. Gebe A. im ersten Falle die Gläser nicht nach Fristablauf zurück, so sei darin eine Unmöglichkeit der einen alternativ geschuldeten Leistung zu erblicken, es bliebe dann dem A. nur noch die Möglichkeit der Zahlung des Kaufpreises von 0,50 *M*, während im zweiten Fall seine sogenannte alternative Ermächtigung fortfalle. Es würde sich zwar dann ein Unterschied zwischen den beiden Fällen ergeben, wenn im ersteren Fall die wahlberechtigte Partei eine bindende Erklärung gemäß § 263 Abs. I BGB abgeben würde, im letzteren dagegen nicht; aber auch dieser Verschiedenheit könne keine praktische Bedeutung beigemessen werden, da für A. ein Grund für die Abgabe einer solchen Erklärung nicht im geringsten bestehe. Außerdem aber könne in dem Fall einer sogenannten alternativen Ermächtigung in der Erklärung des A., daß er die Gläser behalten wolle, lediglich eine Kaufofferte erblickt werden, deren Annahme gegenüber dem Antragenden gemäß § 151 BGB nicht erklärt zu werden brauche, da eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu

erwarten sei. Der Umstand, daß in einem Falle die Zahlung der 0,50 ℳ pro Glas durch A. als Vergütung für das erworbene Eigentum, mithin als Erwerb durch Kauf anzusehen sei, wogegen im anderen Fall die Zahlung von 0,05 ℳ bei gleichzeitiger Rückgabe der Gläser eine Vergütung für ihre Benutzung, mithin eine Entrichtung des Mietzinses darstelle, sei im Grunde genommen bedeutungslos sowohl für das sogenannte alternative Schuldverhältnis als auch für die sogenannte alternative Ermächtigung.

Das, was Endemann alternative Vertragskoppelung nennt, bezeichnet Ryck [4]) als alternative Pendenz oder alternative Delation. Nach ihm ist die alternative Pendenz ihrer Natur nach ein Fall mehrfacher Pendenz. Je nachdem, ob nur ein oder aber mehrere Rechtsverhältnisse vorliegen, ist eine einfache oder mehrfache Pendenz zu unterscheiden. Die mehrfache Pendenz verdankt ihre Entstehung entweder einer Mehrheit der konkurrierenden substantiellen Momente, oder einer solchen der konkurrierenden Subjekte und Objekte. Entsteht diese pendente Mehrheit von Rechtsverhältnissen nebeneinander, so spricht Ryck auch von einer Copulation, schließt dagegen der Bestand des einen das Bestehen des anderen aus, so spricht er von einer disjunktiven Pendenz. „Die alternative Pendenz für mehrere Subjekte oder bezüglich mehrerer Objekte charakterisiert sich als alternative Delation." Als Beispiel für die mehrfache Pendenz infolge mehrfacher substantieller Momente bringt Ryck den von mir später erwähnten Fall des Gaius. Ich werde daher bei der Besprechung dieses Falles auf die Ansicht Rycks zurückkommen. An dieser Stelle möchte ich nur noch die alternative Pendenz mehrerer Subjekte und Objekte besprechen, die Ryck sowohl auf das Gebiet des Obligationsrechts, wie auch auf Verhältnisse des Sachen-, Personen-, Familien- und Erbrechts sogar auf öffentlichrechtliche Verhältnisse zur Anwendung bringt. Derartige privatrechtliche Fälle seien beispielsweise: das disjunktive Freiheitsvermächtnis, das disjunktive Vindikationslegat, die disjunktive Vormünder- und Erbenernennung. Aus diesen Beispielen gehe hervor, daß diese Art der Pendenz auf die verschiedenartigsten Fälle Anwendung finde, in denen aus einem disjunktiv benannten oder generell bezeichneten Personen- oder Sachinbegriff

[4]) Die Lehre von den Schuldverhältnissen. Berlin 1889, S. 186 ff.

eine Auswahl getroffen werden solle, sei es durch Wahl eines dazu berufenen (Interessenten oder Dritten), sei es durch einen zufälligen Umstand. „Das eigentümliche Wesen dieser Fälle besteht darin, daß hier nicht, wie bei den alternativen Obligationen durch eine Realisierungshandlung: Zahlung, Akzeptilation, Novation, Litiscontestation, sondern durch Wahl, d. h. durch bloße Wahlerklärung, durch die Erledigung der zur Vornahme der Wahl berufenen Organe die Alternative entschieden wird. Es handelt sich somit hier um wirklich imperfekte Rechtsverhältnisse, die durch Vornahme der Wahl ein bestimmtes Subjekt oder Objekt erhalten und dadurch zur Perfektion gelangen. Durch die Wahl werden sie auf ein bestimmtes Subjekt oder Objekt fixiert. Sie stellen einfache Rechtsverhältnisse, nicht Kombinationen von solchen vor, aus denen, wenn die Wahl getroffen, nur ein einfaches Rechtsverhältnis mit bestimmtem Charakter und bestimmtem Objekt und Subjekt hervorgeht. Mehrfach ist bei ihnen nur das Pendenzverhältnis, insofern mehrere Subjekte und Objekte alternativ konkurrieren. Die mehreren Subjekte sind für einen bestimmten Rechtsinhalt berufen, und die mehreren Objekte sind alternativ Gegenstand der Berufung. Es findet also statt alternative Berufung mehrerer Subjekte oder alternative Berufung auf mehrere Objekte, und ein künftiger, ungewisser Umstand soll für das eine Subjekt oder Objekt entscheiden.“ Ryck will nun eben diesen gewissen künftigen Umstand, dem hier eine entscheidende Bedeutung beimessen wird, nicht einer Bedingung gleichstellen, etwa derart, daß die Alternative eine Bedingung darstellt, aber nicht aus dem Grunde, weil wie Windscheid [5]) behauptet, das entscheidende Moment darauf beruhe, was zu leisten, nicht ob zu leisten ist. Nach Ansicht Rycks kann hier von einer wirklichen Alternativobligation ohnehin nicht gesprochen werden. Man bezeichne zwar als condicio im allgemeinen in der Sprache der Quellen jedes des näheren oder weiteren mit der Begründung von Rechtsverhältnissen oder Wirkungen zusammenhängende Moment mit faktischem oder rechtlichem Charakter, gleichgültig, ob es seinen Bestand in einem Tatumstand der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft habe, oder ob hierunter auch das objektive oder subjektive Pendenzmoment ver-

[5]) Windscheid-Kipp. Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I. Frankfurt am Main 1900, § 255.

standen werde. Letzteres sei z. B. der Fall in der 1. 15, 1 Cod. d. contrah. empt. 4, 38: sub hac conditione stare venditionem, ferner in 1. 25 pr. Dig. loc. cond. 19,2: sub hac conditione stare locationem bezüglich der dem Wahlrecht eines Dritten anheimgestellten Bestimmung des Kauf- oder Mietpreises. (Quanti Titius aestimaverit.) Voraussetzung für die condicio im eigentlichen Sinne, d. h. in der Bedeutung, daß ein Moment zwecks Hinausschiebung der in der Regel eintretenden Wirkung willkürlich gebildet werde, sei nicht der Umstand, bei welchem die condicio auf einen noch zu erwartenden wesentlichen Bestandteil des Rechtsgeschäftes, wie etwa Preis, Objekt oder Subjekt Bezug nehme, sondern vielmehr der, daß das Rechtsgeschäft an sich, d. h. von der Bedingung abgesehen, alle wesentlichen Bestandteile des zu begründenden Rechtsgeschäfts bereits aufweise, so daß der endgültige Geschäftsabschluß eben nur noch von dem Eintritt der Bedingung abhängig sei. Man könne nun nicht sagen, daß das Rechtsgeschäft infolge Fehlens einer Bedingung deshalb nicht zur Entstehung gebracht sei, weil der Mangel eines wesentlichen Bestandteils nicht behoben sei, vielmehr sei das Nichtzustandekommen hier lediglich eine Folge des wesentlichen Mangels. Als Begründung hierfür verweist Ryck auf den Fall, wo die Preisbestimmung durch den Dritten ausbleibt, pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto, pro nihilo esse conductionem, quasi nulla mercede statuta, 1, 15, 1; 25 cit. Hinter jener Ausdrucksweise verberge sich aber noch eine Unklarheit in anderer Beziehung, indem man den Fall heranziehe, wo der Abschluß des Rechtsgeschäfts streng an die von dem Konstituenten bezeichnete Entscheidungsquelle gebunden sei, so daß ihr Versagen einen ergänzenden Entscheidungsmodus völlig ausschließe. Man betrachte diesen Fall als einen in seinem Grundcharakter gänzlich verschiedenen von dem anderen Fall, wo nach einem zu unterstellenden eventuellen Willen des Konstituenten gerade ein ergänzender Entscheidungsmodus Platz greifen solle und müsse. Ryck hält die Gleichartigkeit des Wesens der beiden Fälle für ohne weiteres ersichtlich, insofern als in einem jeden von ihnen die Pendenz des Subjekts und des Objekts das entscheidende Moment sei, und daher der Hinzutritt der eventuellen Entscheidungsquelle zu der prinzipalen nur in einer weiteren Anwendung ein und desselben Grundbegriffes seinen Grund finde. Eine

weitere Folge sei die, daß man einerseits von dem ersteren Falle nicht behaupten dürfe, daß bei ihm „die Wahl als Bedingung fungiert," da hier der Begriff der eigentlichen Bedingung überhaupt nicht zutreffe, andererseits nicht im letzteren Fall von dem durch die eventuelle Entscheidungsquelle fixierten Gegenstand sagen dürfe, er sei in exsolutione und nicht in solutione befindlich. Vielmehr müsse man beiden Fällen eine durchaus gleichmäßige Behandlung zu teil werden lassen. Ryck berichtigt ferner dadurch, daß er in dieser Beziehung keinen Unterschied darin erblickt, ob die Wahl einem Kontrahenten oder einem Dritten zusteht, die Ansicht Pescatores,[6]) der behauptet, daß die Wahl stets dadurch zur Bedingung werde, daß sie einem anderen eingeräumt wird. Richtig ist nach Ryck an dieser Ansicht Pescatores die in diesem Fall vorliegende Pendenz des Objektes. „Wo die Wahl dem Gläubiger beigelegt wird, kann es zweifelhaft sein, ob daraus eine wirkliche Pendenz des Objektes hervorgeht, oder nur eine Modalität des an sich perfekten Forderungsrechts beabsichtigt ist, und komme es hier lediglich auf den Willen des Konstituenten an. Gemeinsam allen hier einschlägigen Fällen ist, daß durch bloß einmalige Abgabe der Wahlerklärung die Pendenz endgültig entschieden wird und eine Änderung dieser Entscheidung ausgeschlossen ist."

Endlich erwähnt Enneccerus[7]) die alternative Vertragskoppelung bei den Vertragsverbindungen. Er weist auf die Schwierigkeiten hin, die sich bei der rechtlichen Behandlung von Verträgen entgegenstellen, die entweder eine Vereinigung verschiedener Vertragstypen oder aber mehrerer Einzelleistungen, deren Regelung sich im Rahmen der verschiedenen Vertragstypen findet, darstellen. Mit Recht weist Enneccerus auf die Unzulänglichkeit hin, daß man, wie es allgemein geschehe, beim näheren Eingehen auf dergestaltete Verträge die Prüfung lediglich auf die Frage erstrecke, ob hier ein einheitlicher Vertrag oder aber eine Mehrheit von Verträgen vorliege. Diese Unterscheidung sei weder genügend klar, noch auch ausreichend. Ennecerus gibt deshalb eine Übersicht über die Hauptarten dieser Verbindungen von Verträgen oder Vertragselementen und legt dar, welche Gesichtspunkte für ihre Behandlung maßgebend sind. Er betont

[6]) a. a. O. S. 71.

[7]) Enneccerus-Lehmann, Bd. II § 100a. 11. Bearbeitung. Marburg 1930.

aber ausdrücklich, daß die letzte Entscheidung stets nur nach der Lage des Einzelfalles, insbesondere nach Maßgabe des wirtschaftlichen Zwecks und der berechtigten Interessen der Parteien durch richterliches Ermessen erfolgen könne.

Enneccerus unterscheidet Vertragsverbindungen und gemischte Verträge. Die Vertragsverbindungen teilt er in drei Arten ein:

1) Nur äußerlich gebundene Verträge. Mehrere vollständige Verträge sind nur durch die Vertragsschließung, z. B. den schriftlichen Vertrag verbunden, ohne daß der eine von dem anderen abhängig ist. Hier folge jeder Vertrag ausschließlich den eigenen Regeln und die nur äußerliche Verbindung bleibe ohne Einfluß.

2) Eine Verbindung mit gegenseitiger oder einseitiger Abhängigkeit derart, daß entweder zwei äußerlich verbundene vollständige Verträge nur als Ganzes, also in gegenseitiger Abhängigkeit gewollt sind, oder aber es soll wenigstens der eine von dem anderen, nicht dieser von jenem, abhängen. Ob nun das eine oder andere beabsichtigt sei, könne unmittelbar aus dem Vertrage hervorgehen, z. B. das erstere, wenn vereinbart sei, daß die Verträge miteinander stehen und fallen sollten. Aber auch wenn keine derartige ausdrückliche Bestimmung getroffen sei, lasse sich aus den wirtschaftlichen Beziehungen der Leistungen zu einander eine sichere Folgerung ziehen. Sei von dem Willen der Parteien eine Abhängigkeit beabsichtigt, so hänge nicht nur die Gültigkeit des einen Vertrages von der des anderen ab, sondern es entspreche dann auch dem Willen der Parteien, daß die Wiederaufhebung des einen Vertrages auch den anderen zur Auflösung bringe. Die dritte Art der Vertragsverbindungen bezeichnet Enneccerus entsprechend der Endemannschen alternativen Vertragsverbindung. Zwei Verträge sind so verbunden, daß je nach dem Ausfall einer Bedingung entweder der eine oder der andere abgeschlossen sein soll. So z. B. kaufe A. ein Pferd für den Fall, daß er binnen Monatsfrist zum Adjutanten befördert werde, anderenfalls miete er es für drei Monate. Enneccerus läßt also die Entscheidung durch den Ausgang einer Bedingung eintreten, je nachdem, ob ein Vertrag der einen oder anderen Art als abgeschlossen angesehen werden muß. Dieser doppelten Möglichkeit, daß sich der eine oder andere Vertrag als abgeschlossen erweist, mißt Enneccerus praktische Bedeutung insofern bei, als provi-

sorische Maßnahmen, z. B. Arrestanlagen oder einstweilige Verfügungen wegen dringender Gefahr getroffen werden müßten. In diesem Zusammenhang verweist Enneccerus auch auf den Fall bei Gaius III.

§ 2.

Begriff und Zweck der Alternativität. Wesen und Unterschied der Alternativobligation und der facultas alternativa.

Alternativität ist Gleichstellung in Beziehung auf irgend einen rechtsgeschäftlichen Zweck. Insoweit kann man von einer Alternativität der Leistung bei der gewöhnlichen Alternativobligation und bei der facultas alternativa sprechen; immerhin dient die facultas alternativa auch dem gleichen Zweck wie die Hauptobligation, nämlich der Behebung eines gewissen Zustandes beim Gläubiger. So z. B. kann der Schenker in der Notlage zwar sein Geschenk zurückfordern, aber der andere Teil kann sich dadurch befreien, daß er die Notlage behebt. Der Gedanke der facultas alternativa ist somit Notbehebung. Nur soll natürlich das Geschenk lediglich als nunmehr sine iusta causa bei dem Beschenkten befindlich angesehen werden. (Daher hat er auch nur die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben.) Aber es soll ihm unbenommen sein, durch direkte Behebung der Notlage des Schenkers, in dem er ihn also alimentiert, das in sein Vermögen gelangte Geschenk zurückzubehalten. Ist der Inhalt der facultas alternativa dieser, so ist der primäre Gedanke die ungerechtfertigte Bereicherung. Diese besteht nicht, wenn die Notlage abgewehrt wird. Der Unterschied gegenüber der Alternativobligation besteht darin, daß bei dieser alternativ geschuldet ist, während im anderen Falle nur eine Leistung geschuldet ist, nämlich die ungerechtfertigte Bereicherung aus dem Gesichtspunkt der condictio ex causa finita. Der Gesetzgeber hat den Gedanken, daß die donatio nicht unter allen Umständen iusta causa sei, an vielen Stellen hervorgehoben, so in §§ 822, 988 BGB. Hier, bei der facultas alternativa ist die Bereicherung auf Grund der donatio durch den Umstand der Notlage zu einer grundlosen geworden. Was den eigentlichen Unterschied zwischen der Alternativobligation und der facultas alternativa ausmacht, so ist es gerade der, daß die Alternativität im letzteren Falle sich nicht auf die

Leistungspflicht, wohl aber auf ein Leistungsrecht des Schuldners bezieht. Eine Zweckerreichung der Obligation ist in beiden Fällen der Alternativobligation und der facultas alternativa gegeben, und zwar möchte ich geradezu bei der facultas alternativa diese Zweckerreichung als eigentliche oder echte neben den concursus duarum causarum lucrativarum setzen. Der Gedanke wäre hier der: Obligationserfüllung ist enger als das Gebiet der Zweckerreichung. Die Grenze besteht da, wo der Schuldner das einseitige, nicht durch Vereinbarung mit dem Gläubigen von diesem zugestandene Recht hat, etwas an sich nicht geschuldetes zu leisten, dadurch aber eine bestehende Schuld zum Erlöschen bringt. Unbedingt liegt aber auch bei der facultas alternativa ein Fall alternativer Leistungsmöglichkeit vor, nur nicht ein Fall alternativer Leistungspflicht. Bei der Alternativobligation kann keine Ungewißheit darüber herrschen, ob die Leistungspflicht überhaupt bestehen bleibt. Gerade hierin ist der Unterschied zwischen der alternativen Schuldverpflichtung und der unter einer Suspensivbedingung stehenden begründet. Des ferneren ist keine Möglichkeit vorhanden, die Alternative etwa zu vermeiden, wogegen die Bedingung die Parteien nicht zwingend bindet und bei ihrem Nichteintritt überhaupt die Leistungspflicht zum Erlöschen bringt.[8]) Was die Frage nach dem Zweck der Alternativobligation betrifft, so hat man vielerorts von einem „sogenannten Ersatzzweck" oder Versicherungscharakter der Alternativobligation gesprochen.[9]) Während von den Anhängern dieser Ansicht diesem sogenannten Ersatzzweck eine grundlegende Bedeutung zuerkannt wird, vertritt Ryck[10]) einen anderen Standpunkt, dem auch ich mich anschließen möchte. Nach ihm würde dadurch dem einen Gliede der Alternative eine eventuelle subsidiäre Bedeutung gegeben, während offenbar beide Glieder gleichmäßig prinzipale Bedeutung hätten, und überhaupt die alternative Obligation nicht nach ihrem normalen Zustand, wo sie in mehreren Gliedern bestehe, sondern nur nach einem der bei ihr möglichen zufälligen Ausgänge beurteilt werden, während für den praktischen Zweck eines Instituts doch nur seine formale Funktion in Betracht komme. Der prak-

[8]) Endemann, S. 166 zu Anm. 4 b.

[9]) Bernstein, Zur Lehre vom alternativen Willen, Berlin 1874, S. 8 ff.; gleicher Ansicht Nanne, Die Disjunktivobligation S. 20.

[10]) a. a. O. S. 205.

tische Unterschied der Alternative liege vielmehr darin, daß sie die Möglichkeit der Auswahl gewähre und nur den verschiedenen gegebenen Eventualitäten die Entscheidung im Sinne des sich herausstellenden ausschlaggebenden Interesses zu treffen gestatte. Die Offenhaltung der Alternativen werde daher wünschenswert sein bei einem Interessengebiet, welches sich nach der künftigen Gestaltung der Umstände und einer gewissen Entwickelung individueller, besonderer oder allgemeiner Verhältnisse bestimme. Die Eingehung eines alternativen Rechtsgeschäfts habe nur Sinn, wenn sich nicht im voraus übersehen lasse, in welcher der beiden in Betracht kommenden Richtungen das Interesse des einen oder anderen Teils liegen werde. Wir setzen also, wie schon vorher gesagt, sowohl die Alternativobligation wie die facultas alternativa unter die Alternativität der Leistung im weiteren Sinne (Alternativität des Gegenstandes). Wir haben uns mit diesem Problem nur befaßt, um später das Analogon zur facultas alternativa in einem Falle alternativer Vertragskoppelung wieder aufzugreifen. Es könnte nun aber auch eine Alternativität der Rechtssubjekte in Frage kommen. In gewisser Beziehung wird man sagen können, daß diese Alternativität, was das Klagerecht anbetrifft, bei der Korreal- und Solidarobligation kurz zu bejahen ist. Aber es gibt auch versteckte Alternativitäten, nämlich in dem Sinne, daß es heißt, es muß ein bestimmter bezahlen, trotzdem der eigentliche Pflichtige ein anderer ist. An diesem kann dann der Leistungspflichtige Regreß nehmen. Dies ist z. B. der Fall im Verhältnis der Beamten- und Staatshaftung. Wenn wir die Linie betrachten, die von den echten Solidarobligationen über § 839 Ziff. 1—3 BGB bis zum Art. 131 RV geht, dann wird man nach außen eine Einheitsobligation entdecken. Bei § 839 tritt der Zustand ein, daß eigentlich zwei verpflichtet sind, nach außen aber nur ein Verpflichteter eintritt, während im Innenverhältnis gegebenenfalls volle Regreßpflicht besteht (z. B. § 839 mit Art. 131 RV und sodann § 469 HGB (einzige Korrealobligation). Der Unterschied ist der, daß im Prinzip bei § 469 HGB ein Wahlrecht besteht, daß aber nur gegen einen von den eventuell alternativ Verpflichteten Klage erhoben werden kann, nicht gegen die mehreren. Dies sei zum Unterschied gesagt gegenüber den Gesamtschuldverhältnissen. Man kann also bezüglich der Alternativität in Bezug auf die Persönlichkeit des Pflichtigen

a) von einer echten Alternativität nur im Falle des § 469 HGB sprechen,

b) von einer verdeckten Alternativität in den Fällen, in welchem wie im § 839 BGB nach außen hin nur einer als Schuldner erscheint, während im Innenverhältnis die Regreßpflicht festgelegt ist und zwar desjenigen, dem prinzipaliter die Haftung treffen müßte. Dies ist nicht selten der Fall.

Eigentlich beruht das Problem des § 278 BGB auf demselben Gesichtspunkt. Endlich tritt bei der Solidarobligation die Alternativität in der Form der Elektivität auf, d. h. der Gläubiger kann jeden einzelnen Schuldner zur Leistung heranziehen, er kann aber auch alle zusammen auf dasselbe in Anspruch nehmen, wenn aber einmal von einer Seite oder von der Gesamtheit geleistet ist, ist die Obligation erloschen. Neben der Alternativität des Objektes und der Subjekte kann nunmehr noch eine dritte Alternativität vorkommen, welche weder im Subjekt noch im Objekt, sondern in den gewollten Beziehungen von Subjekt und Objekt ihren Inhalt findet. Man hat dies mit der Bezeichnung des alternativen Geschäftsabschlusses, so Zitelmann,[11]) bedacht. Andernorts spricht man auch nach dieser Richtung hin von alternativer Vertragskoppelung.[12]) Wenn wir vom mathematisch logischen Standpunkt ausgehen, so erscheint diese sogenannte Alternativität der Beziehungen der Subjekte zum Objekt durchaus notwendig. Denn der Begriff Subjekt und Objekt erfordert Beziehungen, ist funktionell im mathematisch-logischem Sinne. Da kann es nun sehr wohl vorkommen, daß eine neue Beziehung die frühere ablöst, z. B. der Eigentümer wird Mieter der Sache. Dies sind die gewöhnlichen Beziehungen zwischen Subjekt und Objekt, wie wir sie als eindeutige Rechtsfolge des Bestehens von Rechtsverhältnissen ohne weiteres verstehen.

Anders aber liegt die Sache, wenn die Rechtsbeziehung unsicher ist. Man hat sich hier vielfach mit dem Begriff des Schwebeverhältnisses oder dem der Fiktion zu helfen gesucht, während man besser vielleicht den Begriff der alternativen Beziehungen hätte aufstellen sollen.

---

[11]) a. a. O. S. 502.

[12]) Endemann a. a. O. S. 666.

Dadurch würde m. E. ermöglicht sein, insbesondere im Gebiete der Bedingungslehre eine klare Stellungnahme zu finden, vor allem der dinglichen Bedingungswirkung des § 160 BGB gegenüber. Ich denke hier z. B. daran, daß man sich doch fragen müßte, wie es komme, daß bei bedingter Verfügung über einen Gegenstand eine weitere Verfügung an einen Dritten insoweit unwirksam ist, als sie der später eintretenden Bedingung widerspricht (natürlich abgesehen von der Wirkung des guten Glaubens, der ja nach dieser Richtung hin, d. h. zur Lösung des Problems nicht beitragen kann). Man könnte dann m. E. doch mit Recht sagen, daß bei bedingter Verfügung eine alternative Rechtsbeziehung bestehe, je nachdem später die Bedingung eintrete oder nicht.

Dem widerspricht nicht, daß im Prinzip die Bedingung ex nunc wirkt. Denn dieses wäre für die Alternativität gleichgültig und würde sich nur in der Regelung eines einstweilen ungewissen Zustandes erschöpfen, des Inhalts, daß das definitive Recht sich erst mit Eintritt der Bedingung klarstellt, während in der Zwischenzeit die alternative Rechtsbeziehung vorherrscht.

Ist nun bei der Bedingung von Sein oder Nichtsein die Rede, so ist in denjenigen Fällen, die unser Thema bilden von einem „so sein" oder „ganz anders sein" die Rede oder besser gesagt, bei der Bedingung ist entweder die Beziehung der einen oder der anderen Person zum Gegenstand festgelegt. Im ersten Fall ist die Beziehung in ihrem Bestand oder in ihrem Entstehen von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängig, in unserem Fall die Art der Beziehung. Es fragt sich also in unseren Fällen nicht, ob eine Beziehung besteht oder nicht, sondern welcher Art sie ist. Das Bestehen einer Beziehung ist zweifellos.

§ 3.

Die alternative Vertragskoppelung im gemeinen Recht und ihre Würdigung in der Literatur.

Wir haben einen Fall dieser Art bei Gaius:[13]) Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur; in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille; quaeritur, utrum

---

[13]) Gaius, Institutiones, III § 146. Berlin 1842.

emptio et venditio, an locatio et conductio, contrahatur: et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri; at eorum qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione an locatione.

Der Praetor hatte Spiele zu veranstalten und vereinbarte mit zwei Gladiatorenschulen, welche die einander bekämpfenden Parteien stellen sollten, daß für jeden Sklaven, der debilitatus aut occisus werde, die Summe von 1000 Denaren, während für jeden der halbwegs heil zurückkehren werde, ein bestimmtes Schweißgeld (pro sudore) von 20 Denaren gezahlt werden solle. Bevor ich näher auf diesen Fall eingehen werde, möchte ich kurz die Ansicht Bechmanns und Rycks in Zusammenhang hiermit erörtern.

Bechmann [14]) erwähnt diesen Fall des Gaius im Zusammenhang mit dem auch schon bei Zitelmann besprochenen alternativ beabsichtigten Rechtsgeschäft. Es handele sich hier nur um einen der von Gaius als streitiges Grenzgebiet zwischen Kauf- und Miete bezeichneten Fälle. Dieser Streit sei nach Gaius dahin entschieden, daß der Charakter des Rechtsgeschäftes durch den Ausgang bestimmt werde. Im ersteren Fall würde also Kauf, im letzteren Miete, in der Zwischenzeit also ein alternativ bestimmtes Verhältnis — bedingter Kauf und bedingte Miete — vorliegen. Gaius erachte offenbar eine alternative Absicht der Parteien als vorliegend. Je nach dem Ausgang des Kampfes solle und wolle der Praetor den Gladiator gegen Bezahlung behalten, oder aber mit einem Mietgeld zurückgeben.

Aus dieser Auffassung des Gaius zieht Bechmann folgende bemerkenswerte Schlüsse. Eine solche alternative Absicht liege zwar einerseits außerhalb des Rahmens eines der römischen Konsensualkontrakte, da aber andererseits der betreffende Kontrahent nur dann in der Lage sei, eine Entscheidung zu treffen, nachdem ihm die betreffende Sache bereits übergeben sei, so sei der Beginn des Geschäftes von der freiwilligen Vorleistung der anderen Partei abhängig. Bei dieser Sachlage nehme Gaius aber keinen unbenannten Realkontrakt an, ebenso keine Miete mit Ästimation, vielmehr werde erst durch den Ausgang das Vor-

[14]) Bechmann, Der Kauf nach gemeinem Recht II, 1, S. 406 ff. Erlangen 1884.

liegen von Kauf- oder Miete entschieden. Daher sei der Praetor auf der Grundlage der Miete einerseits auch dann zur Zahlung des Mietgeldes verpflichtet, wenn er statt der Sache die Ästimation leiste, andererseits aber falle diese Gegenleistung nicht in den Rahmen des unbenannten Realkontrakts, denn der mit der actio praescriptis verbis erhobene Anspruch gehe nur auf die Sache oder ihre Ästimation, nicht aber auf eine merces. Demnach werde nach Ansicht des Gaius durch den Ausgang des Kampfes das Rechtsgeschäft in der Weise wirksam, als wenn es von Anfang an unter der Bedingung dieses Ausgangs abgeschlossen worden wäre. Es beständen demnach nach Ansicht des Gaius zwei Rechtsgeschäfte derartig bedingt nebeneinander, daß das eine das andere in Wirklichkeit ausschließe.

Ryck [15]) führt diesen Fall des Gaius als Beispiel an für die schon im Anfang erwähnte alternative substantielle Pendenz. Nach Ansicht Rycks handelt es sich um eine alternative Pendenz zwischen Kauf und Miete. Das entscheidende Moment ist darin zu erblicken, ob die Gladiatoren heil aus dem Kampfe zurückkommen oder nicht. Danach richte es sich nach Ansicht des Gaius, ob Miete oder Kauf vorliege.

Gegen diese Ansicht des Gaius, die auch Bechmann vertritt, daß nämlich ein bedingtes Rechtsgeschäft vorliege, macht Ryck geltend, daß der Kauf, falls er wirklich als unter einer Bedingung abgeschlossen gelten sollte, hinsichtlich der getöteten Gladiatoren im Augenblick seines Wirksamwerdens objektlos sei. Zum Beweise dafür beruft sich Ryck darauf, daß ein Rechtsgeschäft bei Untergang des Gegenstandes vor dem Eintritt der Bedingung nicht Platz greife. Allein die Worte „idque ex accidentibus apparere", deuteten auf eine andere Konstruktion. Ex post angesehen, erscheine nämlich das Rechtsgeschäft tatsächlich bald als Miete, bald als Kauf. Werden die Sklaven unversehrt zurückgegeben, so hat der Unternehmer sie zu ihrer berufsmäßigen Tätigkeit verwendet und zahlt die Gegenleistung für den gemachten Gebrauch. Sind hingegen die Sklaven getötet oder verstümmelt worden, so hat er auf Grund des Vertrages über sie in einer die Rückgabe ausschließenden Weise verfügt und ersetzt in dem vorbestimmten Preise ihren Wert. Es seien daher hier die objektiven Merkmale des Kaufes gegeben. Das anfangs

[15]) S. 186.

abgeschlossene Geschäft bringe daher in der weiteren Entwicklung bald einen Kaufvertrag bald einen Mietvertrag zur Entstehung, und zwar liege der Kauf nicht bloß in perfekter Gestalt, sondern auch in seinem tatsächlichen Vollzug vor. Der endgültige Ausgang entscheidet darüber, welcher Art das Rechtsgeschäft sei. Insbesondere könne man nicht davon sprechen, daß das eingegangene Rechtsgeschäft eine Verbindung zwischen bedingter Miete und entgegengesetzt bedingtem Kauf darstelle. „Denn ein Mietvertrag unter der Bedingung, daß nach dem gemachten Gebrauch die Rückgabe der Mietsache nötig sein werde, ist widersinnig, da der Gebrauch, soweit er gemacht ist, bereits Kontrakterfüllung seitens des Vermieters darstellt und daher auch kontraktmäßig zu vergüten ist. Sollte aber die Bedingung in dem Sinne gestellt sein, daß bei ihrem Eintritt der Mieter für den gemachten Gebrauch nichts zu zahlen habe, so würde dies dem Wesen des Mietvertrages widerstreiten, und kein bedingter Mietvertrag, sondern eine bedingte unentgeltliche Gebrauchsüberlassung vorliegen. Die Unmöglichkeit eines Kaufs aber unter der Bedingung, daß die Kaufsache untergeht, ist bereits dargetan. Für die Möglichkeit eines solchen Kaufs läßt sich aus dem Satze: „daß bei bedingten Käufen der Käufer gültigerweise die Gefahr übernehmen könne," nichts erweisen, da dies eben einen gültigen bedingten Kauf voraussetzt. Der Umstand, daß man früher von Seiten älterer Juristen im Falle des Untergangs der Kaufsache vor Eintritt der Bedingung die Gefahrtragung auf den Käufer hat übergehen lassen, ist nach Ansicht Rycks auf eine allzufreie Auslegung des Parteiwillens zurückzuführen, in dem man nämlich unterstellt habe, daß dem Käufer intentionsmäßig die Gefahrtragung zuzumuten sei. Das im Gaius-Falle vor Eintritt der Entscheidung bestehende Rechtsverhältnis stelle sich als alternative Pendenz zweier Rechtsgeschäfte dar, indem nämlich betreffs der überlassenen Gladiatoren je nach dem Ausgang des Kampfes Miete oder Kauf zur Entstehung gelange. Der schließliche Ausgang entscheide die Alternative, und Gaius habe offenbar eine analoge Anwendbarkeit der Bedingung lediglich deshalb zugelassen, um auf die juristische Möglichkeit einer derartigen Entscheidung hinzuweisen.

Ich will nunmehr auf den eigentlichsten Fall des Gaius zurückgreifen. Von vornherein ist nicht klar, was für ein Rechts-

geschäft vorliegt. Das ergibt sich erst im Verlauf des Kampfes. Man wird annehmen müssen, daß zwei Verträge in Alternativität zueinander abgeschlossen sind, sei es nun Kauf oder Miete.

Es handelt sich hier nicht um die Frage, welche durchaus zweifelhaft sein kann, ob im gegebenen Falle Kauf oder Miete vorliegen. Diese Frage wird in den Institutionen erörtert und bezieht sich darauf, daß nicht von einer Miete, sondern von einem Kauf eines Besitzrechtes dann gesprochen werden müsse, wenn eine Rückgabepflicht ausgeschlossen erscheine. So z. B. wenn der Eigentümer den ihm gegenüber doch einige Zeit zum Besitz berechtigten Mieter ausgütet, d. h. gegen eine Vergütung aus dem Besitz der Mietsache setzt. Diese Unterscheidung also, welche die Grenzberührungen von Miete und Kauf betrifft, steht in unserem Falle garnicht in Frage.

Man könnte nun zweifeln, ob etwa ein anderes Rechtsverhältnis als das des Kaufes in obiger Stelle vorliege, da doch der wirtschaftliche Effekt des Geschäftes bereits vor dem Ereignisse lag, das über die Natur des Rechtsverhältnisses zu den einzelnen Inhabern der Gladiatorenschule entschied. Dies kann aber m. E. nicht wesentlich sein und zwar deswegen nicht, weil eben der Gedanke der ist, daß dem Praetor bereits der wirtschaftliche Effekt der Sache zugewendet ist, und er demnach kein wirtschaftliches Interesse nach der Entscheidung über den Kampfverlauf an den heil einkommenden Sklaven hatte.

Natürlich hat er den getöteten S k l a v e n bereits mit dem Abschluß des Vertrages gekauft. Er hatte den S k l a v e n zu beerdigen und der Dritte, der dies für ihn besorgte, die actio funeraria.

Eine andere Auffassung, etwa auf der Grundlage einer Wette, die in Rom klagbar war, dürfte nicht Platz greifen. Denn die Wette unterscheidet sich von dem hier vorliegenden Rechtsverhältnis wesentlich insofern, als ein Urteil über die Qualifikation der Gladiatoren vom Praetor nicht beabsichtigt ist, er vielmehr lediglich die Mittel bereit stellt, um dem Volke das gewohnheitsmäßige Schauspiel zu bieten. Ihm ist es ganz einerlei, ob und inwiefern die eine Gladiatorenschule gegen die andere siegt. Es gab in Rom kein Punktrichtertum; die kämpfenden Parteien kämpften bis zur vollständigen Niederringung und Tötung des Gegners, sofern nicht das Publikum bzw. der Kaiser Gnade

walten ließ. Daher war der Praetor von vornherein in der Lage, zu sagen, daß von den auftretenden Paaren jedesmal das eine debititatus aut occisus war, während das andere aber Sieger sein konnte, falls es nicht ebenfalls zugrundeging. Für eine Wette war daher kein Raum.

§ 4.

Die alternative Vertragskoppelung in der Gegenwart.

Daß die gleiche Frage, wie im alten Rom, auch heute noch von Bedeutung ist, dürfte sich aus folgendem Fall ergeben, den eine bekannte Zeitschrift vor Jahren brachte: Ein Student tritt in ein Autogeschäft ein mit dem Ersuchen, ihm einen bestimmten Wagen zu vermieten, ohne daß ihm ein Fahrer beigegeben werde. Einen Führerschein besitzt er. Der Autobesitzer verweigert dieses mit dem Hinweis darauf, daß der Student ihm nicht sicher genug erscheine. Es erfolgt nun die Abmachung des Kaufs des Wagens für 5000 ℳ, die der Student in bar sofort erlegt. Für den Fall, daß der Student den Wagen in ordnungsmäßiger Verfassung am Abend zurückbringe, sollte der Kauf rückgängig gemacht werden. Der Wagen wird in ordnungsgemäßem Zustand zurückgebracht. Der Student bekommt die von ihm hingegebenen 5000 ℳ zurück. Auf die Aufforderung des Besitzers ihm nunmehr 50 ℳ Miete für die Benutzung zu zahlen, wendet der Student ein, er sei nicht gesonnen, für seinen eigenen Wagen Miete zu bezahlen.

Auch hier ergeben sich gewisse Schwierigkeiten insofern, als eine Miete an eigenen Sachen, es sei denn, daß der Besitz einem anderen zusteht, objektiv unmöglich ist. Die erste Frage geht also dahin, ob der Student Eigentümer geworden ist. Dies dürfte der Fall sein. Einigung und Übergabe liegen vor, das Eigentum ist, wenn auch resolutiv bedingt, übergegangen. Von einer Besitzberechtigung des Verkäufers in der Zeit bis zur Entscheidung über den Eintritt der Resolutivbedingung ist keine Rede. Daraus könnte man, wenn hier nicht ein ganz besonderer Fall vorläge, schließen, daß der Student Recht habe.

Das kann nun nach dem ganzen Inhalt der Abmachung nicht rechtens sein, vielmehr stehen die beiden Rechtsverhältnisse, Kauf und Miete, in einem Alternativverhältnis: Entweder ist der Kauf gültig oder die Miete. Dies entscheidet sich aber erst genau

wie im Falle des Gaius, nachdem der wirtschaftliche Effekt des Rechtsgeschäftes durch den Studenten bereits vorweg genommen war.

An sich würde dieses Rechtsgebilde, treffend von Endemann als alternative Vertragskoppelung bezeichnet, keine besondere Schwierigkeit bieten, wenn man die Rechtsverhältnisse der Parteien als zu einander in einem Bedingungsverhältnis stehend, ansehen könnte. Kurz gesagt, Kauf und Miete sind bedingt abgeschlossen in der Art, daß der Eintritt oder Nichteintritt eines bestimmten Ereignisses das Bestehen des einen oder anderen Geschäftstyps auslöst. Ein Kaufvertrag ist abgeschlossen unter der Bedingung, daß das Auto nicht rechtzeitig intakt zurückgebracht wird. Tritt diese Bedingung nicht ein, dann liegt ohne weiteres Miete vor, die ihrerseits unter die rechtzeitige intakte Rücklieferung des Wagens gestellt ist. So wäre etwa der Zusammenhang der beiden Vertragstypen zu erklären. Die Frage ist, ob diese Konstruktion stichhaltig ist. Die Prüfung erstreckt sich auf die Anwendbarkeit der Regeln der Bedingungslehre, und die Besonderheiten, welche gerade dadurch eintreten, daß der Nichteintritt der Bedingung des einen Geschäftstyps zugleich Eintritt der Bedingung für den anderen bedeutet.

§ 5.

Die Bedeutung der Bedingungslehre zur alternativen Vertragskoppelung.

Bedingung ist ein zukünftiges ungewisses Ereignis, von dessen Eintritt oder Nichteintritt das Bestehen einer Rechtswirkung abhängig ist. In unserem Falle natürlich ist die Abhängigkeit des Vertragsschlusses davon betroffen. Wenn man nun die Sache so auffaßte, entweder muß der Kaufpreis oder der Mietzins bezahlt werden, so könnte man trotzdem sagen, daß die alternative Vertragskoppelung in Wirklichkeit auf die Bedingung in Beziehung zu den Rechtswirkungen des einen als einheitlich angesehenen Vertrages abgestellt anzusehen sei, im Gegensatz zu der Bedingung, bei welcher die Rechtswirkung entweder eintritt oder überhaupt nicht eintritt. Aber diese Auffassung würde doch der Sachlage nicht gerecht insofern, als die Bedingung eben über die Voraussetzung der Rechtswirkungen entscheidet, also über die als diesen zugrundeliegend gedachten Rechtsverhältnisse.

Macht dieses nun einen Unterschied aus? Läßt sich die Bedingungslehre hier überhaupt analog anwenden? Eins sei von vornherein gesagt, daß die Bedingung stets mit Wirkung ex tunc eintreten muß im Gegensatz zu der Regel des § 158 Abs. I BGB, denn durch den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung wird erst klar, welches Rechtsverhältnis als von vornherein bestanden habend anzusehen ist. Die Frage wäre zunächst, ob die Bedingung beiderseits suspensiv oder etwa einerseits resolutiver andererseits suspensiver Art ist.

Man nehme den Fall des Gaius. Der Praetor will erst das Geschuldete zahlen, wenn die Ergebnisse des Kampfes feststehen. Hier kann sehr wohl Kauf und Miete als unter einer suspensiven Bedingung abgeschlossen gelten, d. h. für Ereignisse in der Zwischenzeit, wie etwa zufällige Unmöglichkeit der Gestellung eines Sklaven zum Kampfe (weil er einem Unfall erlegen oder erkrankt ist) trägt der Vermieter bzw. Verkäufer die Gefahr.

Möglicherweise ist vereinbart, daß der Inhaber der Gladiatorenschule für einen etwa verhinderten Gladiator oder für einen auctoratus, d. h. einen Freien, der sich dem an sich entehrenden Gladiatorenkampfe etwa aus Sportinteresse unterzogen hatte, einen gleichwertigen Ersatzmann zu stellen. Jedenfalls wird ohne eine solche Vereinbarung bei Unmöglichkeit der Gestellung weder das pretium debilitationis noch das honorarum pro sudore zu begleichen sein. An sich wäre also im Gaius-Falle beiderseits das Vorliegen einer Suspensivbedingung denkbar.

Wie aber wäre es mit unserem Studentenfall? Hier will offenbar der Autoverkäufer, der den Wagen sofort zur Benutzung des Studenten stellte, keinesfalls die Gefahr eines zufälligen Unterganges tragen. Er hat ferner keinerlei Interesse daran, daß der Wagen zurückgebracht wird.

Demnach liegt m. E. ein resolutiv bedingter Kaufvertrag vor, resolutiv bedingt durch die Zurückbringung des intakten Wagens, während der Mietvertrag unter die Suspensivbedingung gerade dieses Zurückbringens des Wagens gestellt ist.

Aus dieser Verschiedenheit der beiden Fälle ergeben sich, abgesehen von der Gefahrtragungsregelung im Sinne des periculum obligationis, keinerlei besondere Unterschiede.

Es ist m. E. kein Zweifel, daß der Eintritt der Bedingung der normalen Regel des Wirksamwerdens ex nunc entspricht.

Die Verkoppelung der beiden Obligationen läßt keine andere Möglichkeit zu, denn der Eintritt der einen Obligation bringt die andere Obligation notwendigerweise zum Nichtentstehen.

Eine eigentümliche Stellung nimmt hier die Norm des § 162 BGB ein, nach welcher bei Herbeiführung des Eintritts einer Bedingung wider Treu und Glauben das Gegenteil als eingetreten gilt. In Fällen unserer Art kann von einer Herbeiführung oder Hintanhaltung der Bedingung wider Treu und Glauben im Regelfall nicht die Rede sein, da nach der Natur des Rechtsgeschäftes der Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung den Parteien gleichgültig ist. Sollte dies bei der einen oder anderen Partei nicht der Fall sein, so würde sich dies lediglich als unbeachtliches Motiv herausstellen, sofern nicht bezüglich des Verhaltens der einen oder der anderen Partei sich eine besondere Abweichung hiervon ergibt. Demnach ist zunächst einmal die Anwendbarkeit des § 162 ausgeschlossen. Nur insoweit könnte der § 162 Anwendung finden, als das bedingte Ereignis überhaupt unmöglich gemacht würde und zwar nach beiden Seiten hin. So z. B. der Praetor hätte die Spiele abgesagt oder aber der Student wäre, nachdem ein alternativer Vertragskoppelungsvertrag abgeschlossen wäre, überhaupt nicht gefahren. In diesen Fällen würde wenigstens, soweit der Autofall in Betracht kommt, der Prinzipalvertrag, hier die Miete, wirksam werden. Der Student hätte den Mietpreis zu bezahlen, da der Wagen ja intakt beim Autohändler verblieb.

Auch bezüglich des Praetors erscheint mir die gleiche Entscheidung zutreffend zu sein, d. h. er würde die Miete für einen nicht debilitatus aut occisus bezüglich aller Gladiatoren zu bezahlen haben. Das ergibt sich schon daraus, daß die Gefahr des Nichtbenutzenkönnens oder -wollens beim Mieter liegt. Insofern könnte also der § 162 Anwendung finden, als der in Frage kommende Kontrahent seinerseits den Eintritt oder Nichteintritt gerade der Bedingung schuldhafterweise verhindert hat. Allerdings würde man vielleicht in solchen Fällen auch sagen können, daß die Miete gemäß dem erkennbaren Willen des anfordernden Vertragskontrahenten den Prinzipalvertrag bilde, woraus sich dann gewissermaßen ein Eventualverhältnis des Kaufvertrages herleiten lasse, was zur Folge habe, daß aus dem Prinzipalvertrage allein sich die Zahlungspflicht herleiten lasse, so daß bei einer

solchen Auffassung der § 162 BGB überhaupt ausgeschlossen wäre. Des ferneren kann sehr wohl auch nicht eine Bedingung, sondern ein Alternativverhältnis bestehen in der Art, daß nicht ein rein zufälliges Ereignis entscheidet, wie dies bei den Gladiatoren zutrifft, sondern ein Ereignis, welches willkürlichen Handlungen des aus dem Vertrage Berechtigten Raum läßt. Dies hat im Falle der Gladiatoren keinen Sinn, denn es lag durchaus nicht in der Hand des Praetors, einen nicht debilitierten Gladiator kurzerhand zu kaufen, wohl aber liegt es in der Hand des Studenten, den Wagen, wenn er ihm gefällt, zu kaufen, und zwar nicht etwa in der Art, daß er den Wagen nicht zurückbringt, sondern auch so, daß er mit dem intakten Wagen zwar zurückfährt, aber erklärt, er wolle ihn behalten.

§ 6.
Inhalt der alternativen Vertragskoppelung.

Auf Alternativität ist also dann abzustellen, wenn der Eintritt des einen oder anderen bestimmten Vertragsverhältnisses auch von dem Willen einer der Parteien abhängig ist. Immerhin ist im Falle des Studenten von einer reinen Alternativität keine Rede, denn der Eintritt eines bestimmten Rechtsverhältnisses ist nicht nur von seinem Willen, sondern auch von dem Eintritt eines bestimmten Verhältnisses abhängig (gemischt alternative Vertragskoppelung).

Eine rein alternative Vertragskoppelung, welche ihren Gegenstand in einer condicio nudae voluntatis haben würde, etwa im Sinne von § 495 BGB, dürfte aber auch nicht ausgeschlossen sein. Weshalb sollte denn ein Kaufliebhaber nicht unter der reinen Alternativität von Miete und Kauf einen entsprechenden Vertrag schließen? Nun wird aber bei solch alternativer Vertragskoppelung nicht notwendigerweise wie bei der Miete die Gegenleistung auch dann zu bewirken sein, wenn der Gegner lediglich seine Leistung bereit gehalten hat. Es wäre die Frage nach der Wirkung des Annahmeverzuges in Bezug auf gegenseitige Verträge. Man würde dann aus § 324 Abs. II BGB argumentieren müssen. Denn durch die Nichtentgegennahme der Leistung ist die Voraussetzung des Annahmeverzuges erfüllt, kann somit § 34 Abs. II Platz greifen, natürlich nur für das Prinzipalverhältnis. Fraglich wäre allerdings, ob hier Kauf oder Miete zur

Anwendung kommen. Hier also könnte die Frage nach der Prinzipalität des einen oder anderen Rechtsverhältnisses aufzuwerfen sein.

Reine Alternativität der Vertragskoppelung liegt dann vor, wenn aus den Umständen zu entnehmen ist, daß jeder der beiden in Aussicht genommenen Verträge als gleichwertig unter den Parteien behandelt werden soll, Eventualität, wenn aus der Vertragsberedung bzw. den Umständen hervorgeht, daß vornehmlich ein Wirtschaftseffekt von Seiten der einen Partei gewollt ist, dieser Effekt aber von der anderen Partei als für sie möglicherweise schädigend angesehen wird und nunmehr für den Fall des Schadens erst ein besonderer Vertragstyp als eventuell gewollt eingesetzt wird. Sowohl im Falle des Gaius wie auch in dem des Studenten ist dies der Fall.

Bei der alternativen Vertragskoppelung kann also, sofern nach dem Inhalt des Vertrages eine Scheidung in eine Prinzipal- und Eventualobligation möglich ist, die Vorschrift des § 162 BGB als zur Entscheidung unnötig beiseite gelassen werden. Andererseits aber könnte auch nach dem Willen des Antragstellers der Abschluß alternativ verkoppelter Verträge mit Rücksicht auf ein bestimmtes Bedürfnis des Antragstellers rein alternativ sein. So z. B. der Autohändler will, was kaum vorkommen dürfte, eine Probefahrt nicht zugestehen, ohne daß der Kaufwillige den Mietpreis bezahle. Er befürchtet etwa, daß dieser Kaufwillige die Probefahrt lediglich verlange, um einen etwaigen Mietzins zu sparen. Dann stehen die beiden Leistungen in rein alternativem Verhältnis zueinander.

Die Grundsätze der alternativen Vertragskoppelung können also einen zweifachen Inhalt haben.

1) den der wahren Alternativität,
2) den von Prinzipalität und Eventualität.

Bei Alternativität kann gegebenenfalls ein Verstoß gegen den § 162 BGB auf Seiten des alternativ Berechtigten nicht vorliegen. Die Frage ist, ob ein solcher Verstoß auf Seiten des alternativ Verpflichteten möglich ist. In dem Autofall hatte z. B. der Autohändler, der den Wagen gern los sein wollte, eine Vorrichtung am Motor getroffen, nach welcher eine Beschädigung des Autos nach kurzer Zeit eintreten mußte. In einem solchen Falle würde der Student durchaus nicht gezwungen sein, den Kaufpreis

zu zahlen, vielmehr, sofern er das Auto noch ordnungsgemäß hat benutzen können, lediglich den Mietzins zu zahlen verpflichtet sein. Notwendig ist in diesem Falle aber die Anwendung des § 162 BGB nicht, da die Regel des Kaufes hier ausreichenden Schutz verschafft, insofern der Student wegen Mangels der Kaufsache Wandlung, Minderung oder auch Schadensersatz gemäß § 463 vornehmen könnte. Aber auch ohne § 162 bleibt die Frage offen, ob nunmehr der Mietvertrag als solcher bestände. Diese Frage könnte m. E. von dem Gesichtspunkt aus gestellt werden, daß die gleichzeitig bestehende aufschiebende bzw. auflösende Bedingung als wider Treu und Glauben herbeigeführt bzw. hintangehalten angesehen werden könnte, so daß in diesem Falle sowohl der Kauf- wie der Mietvertrag entfällt und der Student lediglich ein Benutzungsentgelt aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zu zahlen hätte, etwa insofern, daß er Aufwendungen, die er sonst hätte machen können, gespart hat.

Hierbei taucht die Frage auf, ob, wenn die Mietgebühr etwa niedrig vereinbart gewesen wäre, nunmehr der Student nicht auch sagen könnte, daß der Mietvertrag gültig sein solle; denn der § 162 BGB soll doch offensichtlich nur zum Schutze desjenigen sein, dem gegenüber das pflichtwidrige Verhalten eingetreten ist. Es würde aber gegebenenfalls eine Schädigung des Studenten bedeuten, wenn er sich nicht darauf berufen könnte, daß er einen geringeren Mietzins vereinbart habe, als im Regelfall Aufwendungen dieser Art im Verkehr gemacht zu werden pflegen. Kann dieselbe Zweifelsfrage bei einem Prinzipal- und Eventualverhältnisse eintreten? Nehmen wir z. B. an, daß ausdrücklich nach dem Willen der Parteien, wie ja im gegebenen Falle geschehen, prinzipiell der Mietvertrag gewollt war und erst eventualiter ein Kaufvertrag. Dann bleibt m. E., nachdem durch den Händler die Bedingung des Kaufvertrages schuldhafterweise herbeigeführt worden ist, im Verfolg des § 162 BGB der Mietvertrag nach wie vor bestehen. Hat also der Student das Auto zu dem gegebenen Zweck ordnungsmäßig gebrauchen können und ist es erst gerade vor Beendigung der Fahrt beschädigt worden, so hat er den Mietzins zu zahlen und ist m. E. nicht etwa lediglich zum Aufwendungsersatz aus ungerechtfertigter Bereicherung verpflichtet. Es wäre zu bedenken, ob nicht die Rechtstellung des Studenten noch eine bessere wäre, insofern nämlich, als er lediglich

Aufwendungen bis zur Höhe des vereinbarten Mietzinses zu zahlen hätte, so daß er im gegebenen Falle möglicherweise nur den Ersatz der Aufwendungen, welche niedriger als der Mietzins seien, zu tragen brauche.

Die Situation ist eine eigentümliche. Man nehme arglistige Täuschung bei Kaufabschluß bzw. positive Vertragsverletzung im Hinblick gerade auf die Entstehung des einen alternativ gestellten Schuldverhältnisses an. Die Frage ist, wie diese Vertragsverletzung wirkt. Geht man davon aus, daß sie nur bezüglich des Kaufvertrages Wirkung hat, dann ist die Folge die, daß der Mietvertrag bestehen bleibt, sofern eben der ordnungsmäßige Gebrauch gemacht ist. Es könnte aber auch die Situation vorliegen, daß der Benutzer des Wagens prinzipiell das Auto hätte kaufen wollen und lediglich zur Sicherheit des Verkäufers bezüglich der Probefahrt, welche der Käufer allein vornehmen wollte, die Mietklausel alternativ gesetzt sei. In einem solchen Falle würde m. E. nicht einmal die Mietsumme bzw. die Aufwendungen zu tragen sein.

§ 7.
Alternativität mit Wahlrecht einer Partei.

Nicht um ein bedingtes Rechtsgeschäft handelt es sich, wenn die Vertragsarten festgelegt sind und zwar in der Weise, daß nach Wahl einer der beiden Parteien der eine oder der andere Vertrag in Wirksamkeit treten solle. Hier handelt es sich unter keinen Umständen um eine Bedingung, es sei denn, daß man hier eine condicio nudae voluntatis annehmen wollte. Die Frage ist, ob auf eine solche condicio nudae voluntatis die Regeln der Bedingung anwendbar sind. Es ist von vornherein klar, daß ein Verstoß im Sinne des § 162 durch die Ausübung des Wahlrechts nicht möglich ist. Eine andere Frage wäre, ob durch die Regelung der alternativen Leistungspflicht eine Konzentration des Rechtsverhältnisses eintreten könnte, wenn z. B. infolge Untergangs des Gegenstandes des einen alternativen Rechtsverhältnisses nunmehr die Leistung unmöglich gemacht ist. Hier fragt es sich dann, ob ein entweder-oder in Frage steht oder ob geradezu Inhalt der alternativen Vertragskoppelung ist, daß die Wahlmöglichkeit zu einer in Frage genommenen Zeit besteht. So z. B. ein Landwirt hat bei einer Geflügelfarm Hühner einer bestimmten Rasse bestellt, er weiß aber noch nicht, ob er weiße oder buntfarbige Tiere erhält.

Mit einem Nachbarn schließt er nun alternativ einen Kauf auf einen weißen und einen bunten Hahn ab und zwar je nach Wahl. Jede der beiden Vertragstypen ist ihm gleichgültig und richtet sich danach, welche Hühner ihm von der Farm zugesandt werden. Aber dieses Zusenden ist von ihm nicht zur Bedingung gesetzt worden. Gesetzt den Fall, er erhält weiße Hühner, der alternativ gekaufte weiße Hahn ist aber inzwischen eingegangen. Es ergibt sich nun die Frage, konzentriert sich jetzt die Obligation auf den anderen Hahn? Man sieht, daß es sich hier nicht um eine alternative Vertragskoppelung, sondern um alternative Leistungspflicht handelt, da in diesem Fall entweder der eine oder der andere Hahn geschuldet ist. Aber es könnten doch Fälle eintreten, bei denen keine alternative Leistungspflicht besteht, sondern alternative Vertragskoppelung in der Art, daß beide Verträge nicht bedingungs- sondern wahlmäßig vereinigt sind. Derartige Verträge kommen vor, so z. B. jemand läßt sich ein Pferd vorführen und vereinbart, da er noch nicht wisse, ob er das Pferd kaufen oder eintauschen wolle, so wolle er zunächst einmal das Pferd an sich nehmen und werde innerhalb zwei Wochen sagen, ob er es kaufen oder gegen ein anderes eintauschen werde. Hier liegt eine alternative Vertragskoppelung vor, welche vornehmlich der alternativen Leistungspflicht entspricht. Die Frage ist, wie sich dieses von einer condicio nudae voluntatis unterscheidet. Zunächst einmal möchte ich bemerken, daß die Ausübung des Wahlrechts hier als auf Seiten des Schuldners liegend anzusehen ist und daß hier die Normen des § 264 BGB Anwendung finden. Dies schon unterscheidet sich von einer Bedingung. Eine andere Frage aber ist es mit der Konzentration. Hier ist m. E. § 265 BGB entsprechend anzuwenden und zwar in der Weise, daß, sofern das Tauschobjekt untergegangen, nunmehr ipso iure der Kaufvertrag als bestehend anzusehen ist. Hat der Nichtwahlberechtigte den Untergang des zweiten Pferdes verschuldet, dann tritt keine Konzentration ein. Mit der Bedingungslehre kommen wir hier nicht aus.

§ 8.

Alternative Vertragskoppelung bei Umwandlungsgeschäften von Darlehn in Beteiligung.

Daß auch im heutigen Wirtschaftsleben der alternativen Vertragskoppelung eine gewisse Bedeutung beigemessen werden

kann, beweist folgender Fall, der sich vor einiger Zeit zugetragen hat. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft gibt Obligationen aus, da er eine Erhöhung des Aktienkapitals beabsichtigt. Für den Fall, daß die Generalversammlung der Erhöhung zustimmt, sollen die Obligationen in Aktien umgewandelt werden, lehnt dagegen die Generalversammlung die Erhöhung ab, so sollen die Gläubiger lediglich ihr Forderungsrecht aus den Obligationen behalten. Von vornherein sind zwei Verträge abgeschlossen. Einmal ein besonderer Vertragstyp, ein Vertrag, der die Ausübung eines Gestaltungsrechts zum Gegenstand hat, dahingehend, daß der Vorstand der Aktiengesellschaft mit den Nehmern von Obligationen vereinbart, daß sie die Obligationen in Aktien umwandeln können, m. a. W., daß ein gegen die Aktiengesellschaft bestehendes Forderungsrecht in ein Gewinnanteilsrecht umgewertet werden soll, und ferner, ein reiner Darlehnsvertrag dahingehend, daß der Kontrahent Obligationsberechtigter wird. Die Entscheidung darüber, welcher Vertrag in Wirksamkeit treten soll, hängt davon ab, ob die Generalversammlung der Erhöhung zustimmt oder nicht. Zweck der Vertragskoppelung ist für den Vorstand, bis zur Einberufung der Generalversammlung einen Überblick darüber zu gewinnen, ob und inwieweit die beabsichtigte Kapitalserhöhung durchführbar ist, für den Gläubiger dagegen, durch Hingabe des Darlehns eine Möglichkeit zu haben, sich vorzeitig eine Gewinnchance zu verschaffen.

Diese alternative Vertragskoppelung kann nun als reine Alternativität in dem Sinne aufgefaßt werden, daß für den Fall der Erhöhung des Grundkapitals die Obligation ipso iure in eine Aktie umgewandelt sein soll. Insoweit würde es sich dann nicht um Kauf, sondern nur um eine Vorbereitung zur Beteiligung an dem eventuell erhöhten Aktienkapital handeln, wogegen in dem Falle, daß die Generalversammlung einer Erhöhung des Grundkapitals ablehnend gegenüberstehen würde, reine Darlehnsgrundsätze bestehen bleiben. Man könnte auch die Rechtslage so auffassen: Unter einer Bedingung wird ein Darlehn gegeben, welches alternativ in das Mitgliedsschaftsrecht übergeleitet werden soll.

Dieser Tatbestand kann eine Qualifizierung dadurch erfahren, daß nicht etwa mit der Erhöhung des Aktienkapitals ohne weiteres das Darlehen als Zeichnung von Aktien gilt, sondern

daß nunmehr noch der aus der Obligation Berechtigte die Wahl hat, ob er bei der Obligation stehen bleiben oder Aktionär werden will. Auch in diesem zweiten Fall würden m. E. die Regeln der Alternativität im Sinne der §§ 262 ff. BGB, allerdings unter der Voraussetzung des Eintritts einer Bedingung, Platz greifen.

Eine ähnliche Stellung nehmen die sogenannten Konvertible-Bonds ein, die im amerikanischen Wirtschaftsleben seit langem von großer Bedeutung sind. Die Konvertible-Bonds verfolgen den Zweck, Obligationen in Aktien umzuwandeln. Dem Gläubiger soll das Recht eingeräumt werden, nach seiner Wahl am Fälligkeitstag das Darlehen zurückzuverlangen oder den Darlehnsvertrag in Aktienrechte umzuwandeln. Seit einigen Jahren sind auch in Deutschland Bestrebungen im Gange, diese Einrichtung einzuführen. So haben auf dem 33. deutschen Juristentag Hachenburg und Flechtheim den Antrag gestellt, die Einräumung von Bezugsrechten für künftig auszugebende Aktien für zulässig zu erklären, damit dadurch eine Umwandlung von Darlehen oder Schuldverschreibungen in Stamm- oder Vorzugsaktien ermöglicht werde.[16])

Staub macht im Hinblick auf obige Entwicklung darauf aufmerksam, daß, obgleich die dahingehenden Bestrebungen bisher ohne Erfolg geblieben seien, doch verschiedentlich Anleihen mit ähnlichen Bedingungen zum Abschluß gebracht seien. Man suche die Unwirksamkeit, die bei einer Zusicherung von Aktien für eine spätere Kapitalserhöhung der Gesellschaft gegenüber bestehe, dadurch zu umgehen, daß man den gewünschen Erfolg auf Umwegen herbeiführe. So z. B. lasse man zugleich mit der Ausgabe der Obligationen eine Kapitalserhöhung eintreten, allerdings unter der Voraussetzung, daß 25 % und das Agio zuvor eingezahlt werden. Die Aktien übernehme ein Treuhänder. Ein weiterer Fall sei der, daß die Gesellschaft die Verpflichtung übernehme, die ausgegebenen Obligationen mit Aktien, die sie ihrem Besitz an Vorratsaktien entnehme, einzulösen. Diese Verpflichtung zur Lieferung von Aktien werde auch wohl von einem Konsortium übernommen, in der Erwartung, daß es ihm mit Rücksicht auf

---

[16]) Siehe JW 1924, S. 1807 III Nr. III, 2, 5 und 1829. Berichte des 33. Juristentages. Siehe auch Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Berlin-Leipzig 1926 § 283 Anm. 15.

seinen Aktienbesitz gelingen werde, eine Kapitalserhöhung durchzusetzen. Ferner könne sich die Gesellschaft auch das Recht vorbehalten, den Gläubigern bei Rückzahlung ihres Darlehens ein entsprechend großes Agio zu zahlen.

In einem Aufsatz von Kalisch[17]) wird das Wesen der deutschen Konvertible-Bonds entsprechend unserer Rechtsauffassung genauer erklärt. Nach Ansicht von Kalisch hat zunächst der Gedanke an einen Tausch auszuschneiden, denn von einem solchen könne nur bei einem Nebeneinanderbestehen zweier Werte gesprochen werden, bei denen die Möglichkeit einer gegenseitigen Auswechselung bestehe. Gerade das sei aber bei den amerikanischen Konvertible-Bonds nicht der Fall. Vielmehr finde in Amerika eine Umwandlung des gegen die Gesellschaft bestehenden Forderungsrechts in ein Anteilsrecht statt, das bis dahin noch nicht vorhanden gewesen, sondern erst jetzt zur Entstehung gelangt sei. Kalisch versteht unter Konvertible-Bonds Schuldverschreibungen, bei denen der Gläubiger sein Forderungsrecht in ein Anteilsrecht umwandeln kann. Es gehöre zum Wesen der Konvertible, daß sie einen Schwebezustand mit Chancen für beide Teile bedingten, dessen endgültige Abwicklung ungewiß sei.

Bei dem Versuch, eine Erklärung für die Umwandlung eines Wertes in einem anderen zu finden, sucht Kalisch zunächst Anhaltspunkte bei der facultas alternativa. Von dieser will er nun den Gedanken der Veränderung der Obligation übernehmen, dahingehend, daß die Willenserklärung des Gläubigers die Konzentration der Obligation herbeigeführt. Denn dem Gläubiger stehe kein Wahlrecht zwischen zwei Leistungen zu, dieses bestehe vielmehr darin, daß er die Möglichkeit habe, eine für ihn bestehende Rechtsposition durch eine andere zu ersetzen. Größere Anlehnungsmöglichkeit biete die Novation, insofern, als durch Vertrag eine Änderung der causa des Rechtsverhältnisses eintrete. Dieser Gedanke der causa-Änderung wird von Kalisch übernommen. Es bestehe jedoch bei den Konvertible-Bonds eine Verschiedenheit von der bisher nur innerhalb des Obligationsrechts stehenden causa-Änderung, da bei diesem durch eine Änderung der causa ein Verhältnis des Obligationenrechts zu einem solchen werde, das nicht Obligation sei und dieser Änderung der causa

[17]) JW 1925, I S. 573.

durch Ausübung eines Gestaltungsrechts bewirkt werde. Demnach handele es sich bei den Konvertible-Bonds um eine causa-Änderung durch Gestaltungsrecht.

„Es findet eine Vermögensverschiebung statt. Die causa ist Darlehen. Zwischen Gläubiger und Schuldner wird vereinbart, daß der Gläubiger ein Gestaltungsrecht erhält, kraft dessen er durch Gestaltungsgeschäft mit Wirkung ex nunc die causa der Vermögensverschiebung umwandeln kann. Aus der causa des Darlehens wird die causa der Einlage. Der Betrag gilt nunmehr als zur Begründung eines Anteilsrechts hingegeben.

Das leere Gefäß der potentiellen Aktie hat seinen Inhalt erhalten. Ein virtuelles Aktienrecht ist entstanden, der bisherige Gläubiger ist Anteilseigner geworden. Als solcher kann er verlangen, daß er das Wertpapier erhält, das ein Anteilsrecht beurkundet. Die bisherige Obligation ist nicht getilgt, sondern durch Wegfall ihrer causa beseitigt. Deshalb kommt der Gedanke nicht in Frage, die Einlage auf die Aktien durch Aufrechnung mit der Darlehnsforderung erfolgen zu lassen. Da die Obligation beseitigt ist, kann die Gesellschaft ihre Schuldurkunde zurückverlangen."

M. E. handelt es sich auch hier um einen Anwendungsfall von Vertragskoppelung. Die Absicht der Parteien geht von vornherein dahin, daß dem Gläubiger ein Wahlrecht darüber zustehen soll, ob er das aus der Obligation entstandene Recht behalten oder ein Anteilsrecht dadurch erwerben will, daß er eine Wertumwandlung vornimmt. Zweck der beiderseitigen Parteivereinbarung ist nicht der, daß der Gläubiger Obligationsnehmer bleiben soll, sondern der, daß er die Möglichkeit hat, sich durch Umwandlung seines Forderungsrechts in ein Anteilsrecht einen Gewinnanteil zu sichern. Es soll demnach, wie Kalisch sagt, „ein Schwebezustand mit Chancen für beide Teile bestehen, dessen endgültige Abwicklung ungewiß ist." Der causa-Übergang bzw. die Ungewißheit darüber, welche causa wirksam werde, ist aber geradezu das Wesen der Vertragskoppelung.

Nach diesen Ausführungen möchte ich zur Lehre von der alternativen Vertragskoppelung das Hauptergebnis der Untersuchung dahin zusammenfassen, daß sehr wohl die alternative Vertragskoppelung nach drei Richtungen zu unterscheiden ist:

a) Im Sinne einer Eventualvertragskoppelung: Man will den einen Vertragstyp; für den Fall des Eintritts irgend eines Ereignisses soll aber der andere gelten,

b) eine rein alternative Vertragskoppelung: beide Vertragstypen sind als von vornherein gleichwertig angesehen, einem der Kontrahenten ist die Wahlmöglichkeit gegeben,

c) die alternative Vertragskoppelung als wechselseitige Resolutivbedingung des Abschlusses der unter verschiedene Typen fallenden Verträge.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 3. April 1906 als Sohn des Landesrats Dr. med. h. c. Max Kraß in Münster i. W. Nach Besuch des staatlichen Paulinischen Gymnasiums in Münster bestand ich im Jahre 1925 die Reifeprüfung. Ich studierte dann an den Universitäten Münster, Freiburg i. Br., München und Erlangen die Rechtswissenschaften und bestand im Februar 1929 die Referendarprüfung am Oberlandesgericht Hamm.